



CATÓLICA
FACULDADE DE DIREITO

ESCOLA DE LISBOA

DO DEVER DE OCUPAÇÃO EFECTIVA DO TRABALHADOR

Pedro David Prudente

Sob orientação da Prof.^a Doutora Joana Vasconcelos

Mestrado em Direito Empresarial

Julho de 2018

Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa

DO DEVER DE OCUPAÇÃO EFECTIVA DO TRABALHADOR

Pedro David Prudente

Mestrado em Direito Empresarial

Sob orientação da Prof^a Doutora Joana Vasconcelos

Data de entrega: Julho de 2018

TERMOS DE PESQUISA: ocupação efectiva; direito ao trabalho; iniciativa económica privada; boa-fé; incumprimento; garantias; direitos fundamentais; resolução com justa causa; danos patrimoniais; danos não patrimoniais; indemnização.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

A.	Autor
AA.	Autores
Ac.	Acórdão
AGG	Allgemeines leichbehandlungsgesetz (Lei Geral sobre a Igualdade de Tratamento)
al.	Alínea
artigo	Artigo
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil Alemão)
CC	Código Civil
cit.	Citada
CJ	Coletânea de Jurisprudência
CPT	Código de Processo do Trabalho
CRP	Constituição da República Portuguesa
CT	Código do Trabalho (Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro)
DL	Decreto-Lei
ed.	Edição
ET	Estatuto de los Trabajadores
i.e.	Isto é
IRC	Imposto sobre o Rendimento de Pessoas Colectivas
LGT	Lei Geral do Trabalho (Angolana)
NR	Nota de rodapé
Ob.	Obra
p.	Página
p.e.	Por exemplo
pp.	Páginas
Proc.	Processo
RLJ	Revista de Legislação e Jurisprudência
ROA	Revista da Ordem dos Advogados

ss.	Seguintes
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TC	Tribunal Constitucional
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRE	Tribunal da Relação de Évora
TRP	Tribunal da Relação do Porto
vol.	Volume

ÍNDICE

1. INTRODUÇÃO.....	8
2. DA FIGURA DA OCUPAÇÃO EFECTIVA.....	12
2.1. A ORIGEM NO PANORAMA NACIONAL	12
2.2. AS TESES EM CONFRONTO	15
2.3. BREVE ENQUADRAMENTO DE DIREITO COMPARADO.....	21
2.4. JURISPRUDÊNCIA	24
3. INCUMPRIMENTO	28
4. VISÃO ACTUALISTA.....	32
4.1. O DIREITO À INICIATIVA ECONÓMICA PRIVADA.....	32
4.2. BOA-FÉ	35
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	38
6. BIBLIOGRAFIA	43

NOTA PRÉVIA:

Qualquer referência legal sem indicação do respetivo diploma deve ser entendida como feita a uma norma do Código do Trabalho na sua redacção actual.

1. INTRODUÇÃO

Podemos ler no artigo 129.º, nº1, alínea b) do Código do Trabalho que “É proibido ao empregador: obstar injustificadamente à prestação efectiva de trabalho”.

A redacção usada pelo legislador - originalmente no Código de 2003¹ - encerrou, no entender da doutrina maioritária², uma questão aflorada inicialmente no nosso país nos anos 50 por RAÚL VENTURA³ e que foi amplamente discutida, dando origem ao que hoje se denomina “dever de ocupação efectiva”.

Para a esmagadora maioria da doutrina⁴ e jurisprudência nacionais⁵, o tema de que trata a presente dissertação encontra-se resolvido. Não cremos que assim seja, uma vez que é necessário perceber se a previsão legal da ocupação efectiva do trabalhador,

¹ Tinha no seu artigo 122.º com a epígrafe “Garantias do trabalhador”, nomeadamente na alínea b), a proibição dirigida ao empregador de “Obstar, injustificadamente, à prestação efectiva do trabalho”

² Da qual apenas se distanciam António Nunes de Carvalho e Bernardo Lobo Xavier.

³ “Extinção das relações jurídicas de trabalho”, ROA, 1950, pág. 231.

⁴ Por todos, Pedro Romano Martinez, Pedro Madeira de Brito e Guilherme Dray, a propósito desta norma, in Código do Trabalho Anotado, Almedina, 2013, 9.ª Edição, pág. 343, “[a] alínea b) do preceito sob anotação foi inovadora no sentido em que incorpora finalmente e sem reservas no ordenamento laboral o habitualmente denominado “dever de ocupação efetiva” (ou, visto de outro prisma, “direito à ocupação efetiva”) já admitidos em termos doutrinários e jurisprudenciais. Com a nova redacção, todas as dúvidas e querelas em torno do fundamento legal do aludido dever de ocupação efectiva (...) tornam-se desnecessários. O fundamento legal passa a residir no presente preceito, sem margem para dúvidas.” ou ainda António Monteiro Fernandes, Direito do Trabalho, Almedina, 2017, 18ª Edição, pág. 350, “Não cabem hoje dúvidas de que se encontra consagrado, no sistema juslaboral português, um dever (positivo) de ocupação efectiva a cargo do empregador”.

⁵ No Ac. STJ de 07/09/2017, Proc. 412/2000.L1.S1, referindo-se ao Código de 2003, podia ler-se que, “Ora, estatuinto a alínea b) do art. 122.º que é proibido ao empregador obstar, injustificadamente, à prestação efectiva do trabalho, facilmente concluímos que o Código do Trabalho consagra, de forma expressa e clara, o direito à ocupação efectiva do trabalhador. Efectivamente, tal não acontecia na vigência da LCT, que não estatuiu expressamente tal direito do trabalhador. No entanto, e apesar desta lacuna da lei, a jurisprudência e a doutrina foram-no admitindo de forma generalizada...”. Com um texto bastante semelhante e usando as mesmas expressões, vide Ac. STJ de 09/09/2015, Proc. 263/13.1TTPRT.P1.S1., ou ainda com igual conclusão mas por outras palavras, Ac. TRC de 16/06/2011, Proc. 150/09.8TTFIG.C1, “Do artigo 129.º, nº1, alínea b) do CT/2009 ... resulta a proibição do empregador “obstar injustificadamente à prestação efectiva de trabalho”. Aquando da sua consagração em 2003, tratou-se de um preceito inovador, na medida em que veio afirmar, sem reservas e claramente, o chamado “dever de ocupação efectiva”, que, antes, já a doutrina e a jurisprudência admitiam.”

confere a este só por si um direito oponível ao empregador. Convém não esquecer que o artigo de que aqui se fala se encontra presente na secção das garantias do trabalhador e, nesse sentido, ainda que a maioria da doutrina entenda que o mesmo consagra um verdadeiro direito, aquilo que o artigo 129.º do Código do Trabalho impõe são proibições dirigidas ao empregador e não a criação de direitos a favor do trabalhador; um, não é necessariamente consequência jurídica do outro.

Assim, a presente dissertação terá como principal objectivo a resposta a uma concreta pergunta: existe ou não no ordenamento jurídico português um efectivo direito do trabalhador a ser devidamente ocupado pelo seu empregador e nesses termos, exigir que lhe seja atribuído trabalho, a qualquer momento, para a função para a qual foi contratado?

Para responder a esta questão, teremos como ponto de partida a origem da figura da ocupação efectiva. Numa primeira instância analisará o surgimento que teve no nosso país e quais as teses que actualmente a sustentam, passando depois para uma breve análise da mesma nos ordenamentos jurídicos que nos são mais próximos, nomeadamente qual o seu surgimento e como se encontra actualmente a consagração da mesma⁶.

De seguida, verificar-se-á qual a importância e influência da jurisprudência nacional na figura. Uma vez que até 2003 não existia consagração legal da figura da ocupação efectiva na legislação laboral⁷, perguntará o leitor da presente dissertação, onde se terão baseado os tribunais para reconhecer um dever geral de ocupar os trabalhadores. Como se verá, a Constituição e a doutrina foram os dois grandes pilares de fundamentação para as decisões judiciais que durante cerca de 30 anos foram

⁶ Como se sabe, a legislação laboral dos países europeus recebeu forte influência da lei fundamental de cada Estado, no sentido de uma evolução para a atribuição e reconhecimento de direitos fundamentais e sociais dos trabalhadores.

⁷ No que diz respeito ao trabalho subordinado, só os praticantes desportivos tinham até então uma consagração legal expressa da figura da ocupação efectiva no artigo 12.º, alínea a) da Lei n.º 28/98, de 26 de Junho, revogada em 2017 pela Lei n.º 54/2017, de 14 de Julho. Sobre o dever de ocupação efectiva no contexto dos praticantes desportivos, pode ver-se entre outros, José Luís Pereira Seixas, “Ocupação efectiva e trabalhador desportivo” in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano XLV, Tomo 1,2 e 3, Janeiro-Setembro, 2004, e Albino Mendes Baptista, “Grupo Normal de Trabalho, Equipas “B” e Dever de Ocupação Efectiva do Praticante Desportivo” in *Direito Laboral Desportivo - Estudos (Volume I)*, Quid Juris, 2003.

emanadas dos tribunais portugueses, antes mesmo de se ver a figura plasmada em qualquer legislação laboral. Quinze anos depois do surgimento da figura no Código do Trabalho, mostraremos qual a orientação maioritária da jurisprudência, se para um reconhecimento de um direito atribuído ao trabalhador, se para uma necessária ponderação relativa aos direitos e deveres de ambas as partes que representam a relação de trabalho.

Se é certo que a figura da ocupação efectiva se encontra no Código do Trabalho como uma garantia do trabalhador, não sendo esta respeitada, terá de existir uma qualquer consequência jurídica para o empregador. É neste ponto, do incumprimento, que surgem grandes dúvidas para os próprios destinatários da norma em causa e que não nos parecem ter sido respondidos convenientemente, quer pela doutrina, quer pelos tribunais,⁸ muito por culpa das divergências que existem na fundamentação da existência do suposto dever de ocupar o trabalhador. Tentaremos esclarecer quais as consequências jurídicas do incumprimento, não podendo esquecer que uma ténue transposição legislativa de décadas de decisões jurisprudenciais, elas próprias pouco fundamentadas e de enorme divergência doutrinária relativamente à origem do conceito, levaram a mais perguntas do que respostas.

O último capítulo da presente dissertação versará sobre uma tão necessária ponderação – quase sempre esquecida – entre interesses do empregador e trabalhador⁹ durante a vigência do contrato de trabalho. Infelizmente, não nos parece que esta *ponderação* tenha sido devidamente feita aquando da formulação da maioria das correntes doutrinárias que fundamentam a existência de um direito à ocupação efectiva por parte do trabalhador. De facto, por um lado, o direito fundamental à iniciativa económica privada não pode ser esquecido na tentativa de encontrar fundamentação para justificar a existência de um outro direito por parte do trabalhador e deve recordar-se, que o direito à iniciativa económica privada tem em si implícito o direito de gestão

⁸ Como bem aponta António Nunes de Carvalho, “A “Ocupação efectiva do trabalhador” no código do trabalho” in *Prontuário de Direito do Trabalho*, N.º 83, Maio - Agosto de 2009, pp. 143 ss.

⁹ Ao contrário de parte da doutrina, não nos agrada a utilização da expressão “interesses antagónicos” uma vez que trabalhador e empregador, se esforçam - ou pelo menos assim deveria acontecer - por um interesse comum, o do sucesso da unidade produtiva de que fazem parte.

e direcção da unidade económica por parte do empregador, como adiante se desenvolverá. Por outro lado, o recurso ao instituto da boa-fé tem igualmente de ser analisado em todas as suas vertentes, a boa-fé tem necessariamente de ser transversal a ambas as partes de qualquer relação obrigacional como é o caso do contrato de trabalho. Na formação e vigência do mesmo, não se espera da parte do empregador uma atitude persecutória do trabalhador. A existir terá esta indubitavelmente de ser punida, mas é de conhecimento geral que o principal objectivo de qualquer *empresa*,¹⁰ mormente do seu empregador, é o lucro e a normal gestão e organização da sua unidade produtiva. Parece pouco realista acreditar que o empregador criará uma qualquer *empresa* tendo como fim a perseguição dos seus trabalhadores.

Esclarecido que está o leitor desta introdução sobre as matérias a tratar na presente dissertação, relembra-se que a mesma, apesar de ser fruto de um estudo sobre a ocupação efectiva do trabalhador desde a sua origem até aos dias de hoje, não pretende encerrar de forma alguma – aliás como qualquer dissertação – a discussão sobre o tema. Antes pelo contrário, pretende-se reavivar uma discussão que no nosso entender não se encontra terminada e, nesse sentido, o presente estudo nada mais é que um pequeno contributo que pretende mais do que dar respostas, formular novas perguntas sobre o tema.

A título de curiosidade e antes de qualquer consagração legal da ocupação efectiva do trabalhador, era dito por ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO que, “Na medida em que o comportamento patronal – sendo-lhe, na espécie, exigível uma conduta alternativa – lese o trabalhador, prejudicando o na sua promoção, este poderá vir a ser indemnizado a título dos danos causados – nada mais.”¹¹, veremos a bondade desta afirmação no último capítulo desta dissertação.

¹⁰ Expressão aqui usada em sentido *lato*.

¹¹ António Nunes de Carvalho, “Sobre o dever de ocupação efectiva do trabalhador” in Revista de Direito e de Estudos Sociais, Ano XXXIII (VI da 2ª Série) – N.º 3 e 4, 1991, página 326 e 327.

2. DA FIGURA DA OCUPAÇÃO EFECTIVA

2.1. A ORIGEM NO PANORAMA NACIONAL

A figura do dever de ocupação efectiva do trabalhador não teve expressão normativa durante toda a vigência do Regime Jurídico do Contrato Individual de Trabalho¹², doravante “LCT”. Como já se referiu, só com o Código de 2003 surgiu no nosso ordenamento jurídico a efectiva *transposição* de um dever geral abstracto que era imposto ao empregador - quer na doutrina, quer nos tribunais - para a legislação laboral.

Nas palavras de MENEZES CORDEIRO, o direito de ocupação efectiva surge “por uma acrescida sensibilidade para os direitos humanos e em virtude da crise que gera desemprego, não permitindo que o trabalhador insatisfeito, por não lhe distribuírem serviço, procure outro emprego”¹³.

Numa primeira instância a questão da ocupação efectiva do trabalhador foi colocada no início do século XX a propósito dos profissionais de espectáculo. Para estes era invocado que a plena realização pessoal e evolução na carreira, apenas seria possível através do efectivo desempenho da actividade - pisando os palcos – não bastando o pagamento normal das suas retribuições. Esse motivo explica que a figura da ocupação efectiva tenha sido inicialmente reconhecida apenas para profissionais que desempenhavam profissões junto do público¹⁴ e só bastante mais tarde, através da doutrina e jurisprudência, para a generalidade das profissões.

¹² Aprovado pelo DL n.º 49408 em 24 de Novembro de 1969.

¹³ Cfr. Menezes Cordeiro, Manual de Direito do Trabalho, Coimbra, 1991, pp. 656.

¹⁴ Nomeadamente: actores, jornalistas, jogadores de futebol etc.

Quanto a nós, é inegável que a figura da ocupação efectiva em Portugal teve na Constituição a sua génese.¹⁵ Parte da doutrina alicerçava nas normas constitucionais relativas aos direitos e deveres económicos, nomeadamente nos artigos 58.º e 59.º, n.º1, alínea b) da CRP, um suposto direito do trabalhador à ocupação efectiva¹⁶. Em simultâneo, outra corrente procurava na LCT argumentos para chegar a semelhante conclusão, ainda que não existisse uma consagração expressa da figura, eram procurados os seus reflexos em variadíssimas normas da LCT, a título de exemplo nos artigos 22.º, 42.º, n.º1 e 43.º¹⁷.

O tema da origem da figura não é apenas uma questão dogmática, é desde logo o ponto de partida para as diferentes teses que foram surgindo para fundamentar o direito à ocupação efectiva do trabalhador.¹⁸

Acreditamos que grande parte da divergência existente na fundamentação da ocupação efectiva, tem precisamente como principal problema a falta de capacidade para se descortinar onde nasceu ou surgiu este dever geral de ocupar o trabalhador. Daí até à proliferação de entendimentos divergentes para se tentar justificar a existência do direito foi um pequeno passo. Entre eles, não estando relacionado directamente com normas constitucionais ou laborais, destaca-se o de MENEZES CORDEIRO,¹⁹ por tentar

¹⁵ Não se confunda a origem da figura - as normas constitucionais - com as diferentes teses defendidas para sustentar a fundamentação da mesma. Com maior desenvolvimento nesta matéria, António Nunes de Carvalho “Sobre o dever...” pp. 280 e 281, onde se lê que, “Apesar de, nalguns casos, essa admissão não ser acompanhada de argumentação bastante, podemos descortinar três grandes linhas condutoras. Em primeiro lugar, o apelo a determinados preceitos constitucionais e legais; depois, a invocação do princípio da boa fé; por último, a aplicação da regra civilista que sujeita a eficácia da remissão à aceitação do devedor.”

¹⁶ Neste sentido afirma de forma categórica o Ac. do TC n.º 951/96, proc. n.º 481/94, “Com efeito, a nossa lei fundamental assenta na dignidade da pessoa humana, que é o fundamento de todo o ordenamento jurídico, base do próprio Estado, ideia que unifica todos os direitos fundamentais e que perpassa também pelos direitos sociais, que incluem o próprio direito ao trabalho...o direito ao trabalho, é o primeiro dos “direitos económicos, sociais e culturais” que a Constituição enumera e no qual se tem incluído, segundo alguma doutrina, o direito a exercer efectivamente a actividade correspondente ao posto de trabalho contratado, no qual se inclui a proibição de manutenção arbitrária do trabalhador na inactividade ou a suspensão não justificada nos termos da lei”.

¹⁷ Não será na presente dissertação comentada a bondade da invocação das normas da LCT, por não ser relevante essa discussão nos dias de hoje, depois da consagração legal da ocupação efectiva no Código do Trabalho. Sobre a invocação dessas normas antes da entrada em vigor do Código de 2003, cfr. Pedro Furtado Martins, “Despedimento Ilícito, Reintegração da Empresa e Dever de Ocupação Efectiva”, in “Direito e Justiça”, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa – Suplemento, 1992, pp. 187 ss. e António Nunes de Carvalho, “Sobre o dever...” pp. 308 ss.

¹⁸ Cfr. Nota de rodapé n.º 15 para mais desenvolvimentos.

¹⁹ Ob. cit. p. 654.

encontrar no instituto da remissão de dívidas²⁰ - portanto no direito civil -, a fundamentação jurídica para a existência daquilo que defendia ser um dever patronal de dar ocupação aos seus trabalhadores.

Mesmo para este autor, a ocupação efectiva enquanto concretização da prestação do trabalho, mais não será do que a consequência contratual da figura da remissão de dívidas. Sem prejuízo de não ser o objectivo do presente capítulo a concordância ou não com as diferentes teses em confronto, não poderá deixar de se referir que as decisões próprias do empregador, estarão ligadas à normal gestão do giro dos seus negócios e nunca com um eventual perdão unilateral relativo ao cumprimento das obrigações do trabalhador. A manifestação de vontade do credor/empregador, não se poderá reconduzir a uma renúncia ao seu direito de crédito para com o trabalhador.²¹

Em suma, o facto de não existir uma origem concreta e palpável para os defensores da ocupação efectiva do trabalhador como um direito, levou, no nosso entender - excessivamente -, a uma procura incessante de fontes que permitissem o reconhecimento da figura, o que nunca se logrou possível por falta de fundamentação lógica.

²⁰ Cfr. Artigo n. 863.º do Código Civil.

²¹ Em igual sentido, vide Pedro Romano Martinez, “Direito do Trabalho”, Almedina, 2017, 8ª Edição, pp. 531 a 533.

2.2. AS TESES EM CONFRONTO

Depois desta análise propedêutica quanto à origem e surgimento da figura da ocupação efectiva, estamos agora em condições de prosseguir com as diferentes teses que sustentam na actualidade a existência de um dever de ocupar o trabalhador.²²

Para PEDRO ROMANO MARTINEZ o direito à ocupação efectiva corresponde a uma concretização do princípio da boa-fé na relação de trabalho.²³ O autor, baseando-se no artigo 726.º n.º2 do CC, em matéria de cumprimento das obrigações, refere que “O empregador tem de agir de boa fé ao exigir o seu crédito ou ao prescindir das vantagens a ele inerentes”, concluindo que “O direito de ocupação efectiva existirá tão-só, na medida em que o empregador atue de má fé, frequentemente, numa atitude discriminatória[...].”^{24|25}. Existindo má-fé do empregador na sua actuação (para este autor) poderá o trabalhador socorrer-se da figura da sanção pecuniária compulsória prevista no artigo 829.º-A do CC, a fim de lhe ser atribuída novamente uma tarefa determinada.²⁶

MONTEIRO FERNANDES defende que a figura da ocupação efectiva – ainda que tenha entendido anteriormente que o empregador não se encontrava obrigado a colaborar com o trabalhador para que este pudesse realizar a sua actividade profissional²⁷- “opera como um verdadeiro dever de prestação do empregador.” e “Pressupõe que o trabalhador esteja integrado na organização produtiva e traduz-se na

²² A enumeração que se fará de seguida das teses relativas à ocupação efectiva do trabalhador, não se encontra por qualquer tipo de ordem, quer cronológica, quer alfabética e elencará as principais teses defendidas pela doutrina nacional na actualidade no que a esta figura diz respeito.

²³ Tal como previsto no artigo 126.º do C.T.

²⁴ Ob. cit. pp. 534 e 535.

²⁵ Se bem entendemos a posição do autor, a ocupação efectiva não atribui qualquer direito ao trabalhador a estar efectivamente ocupado, mas tão-só, dirige uma proibição ao empregador de não desocupar o trabalhador actuando com má-fé.

²⁶ Quanto à bondade do uso desta figura, ver *infra* o capítulo do “Incumprimento” da presente dissertação.

²⁷ Foi este o entendimento do autor até à 5ª edição das suas “Noções Fundamentais de Direito de Trabalho” em 1983.

exigência de que lhe seja dada a oportunidade de exercer efectivamente a actividade contratada.”²⁸. Para o autor, estamos perante uma situação que não se basta com a abstenção por parte do empregador de actos que marginalizem o trabalhador, mas sim, da efectiva acção do empregador através dos seus poderes de organização e direcção, de modo a permitir que o trabalhador realize a prestação relativa à actividade contratada.²⁹

No entender de JOÃO LEAL AMADO não existem dúvidas de que uma situação de inactividade prolongada provocada pelo empregador é lesiva de interesses protegidos do trabalhador, não podendo aquele limitar-se a pagar a retribuição a este, sem permitir o exercício correspondente da actividade para a qual foi contratado, pelo que, no entender do autor, está consagrado na lei um verdadeiro direito do trabalhador. Nesses termos, o autor fala de dois tipos de interesses da esfera do trabalhador, por um lado, os interesses de ordem *material*, dando como exemplo o “património profissional” do trabalhador, directamente relacionado com a sua valorização no mercado de trabalho e por outro, os interesses de ordem *não patrimonial*, onde inclui os impactos psicológicos negativos da inactividade na esfera do trabalhador, nomeadamente através da sua exclusão do normal ambiente de trabalho, reconduzindo a ocupação efectiva a uma situação de *assédio*.³⁰

MENEZES CORDEIRO é quem mais se afasta da restante doutrina na fundamentação utilizada para a justificação da existência de um dever de ocupar o trabalhador,³¹ retirando do carácter contratual da figura da remissão de dívida – art. 863.º do CC, a justificação de uma obrigação de ocupar o trabalhador, que só com o acordo deste poderia não existir. Continuando este raciocínio, o próprio facto de ser

²⁸ Ob. cit. p. 349.

²⁹ No entender do autor, a orientação político-jurídica presente no nosso ordenamento jurídico demonstra que o direito à ocupação efectiva é “mais do que uma mera salvaguarda da retribuição: o seu reconhecimento pressupõe a ideia de que pode ser exigido a uma entidade empregadora que, sem ou mesmo contra a sua vontade, utilize efectivamente os serviços de um trabalhador na organização de que é titular.”

³⁰ Cfr. João Leal Amado, “Contrato de Trabalho”, Almedina, 2016, pp. 188 e 189.

³¹ A posição de Menezes Cordeiro é apenas acompanhada por Vaz Serra na sua obra, “Remissão, reconhecimento negativo de dívida e contrato extintivo da relação obrigacional bilateral”, posição essa bastante criticada por alguns autores, a título de exemplo, *vide*, Pedro Romano Martinez, Direito do Trabalho, Almedina, 2017, 8ª Edição, pp. 531 a 533, ou António Nunes de Carvalho, “Sobre o dever...” pp. 298 a 300.

necessária a concordância do trabalhador para que o empregador possa retribuir a dívida, leva o autor a concluir que bastará que o trabalhador queira realizar a actividade – impedindo a remissão – para justificar a existência de um direito à ocupação efectiva. Afirmar o autor que “Conservar um trabalhador, devidamente remunerado, sem lhe atribuir qualquer serviço, equivale a perdoar-lhe o débito do trabalho. Isso só com o seu acordo seria possível.[...] Há, pois, um direito de ocupação efectiva”.³²

Para MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, estão hoje dissipadas as dúvidas quanto à existência *em termos genéricos na lei*, de um dever geral de ocupação que incumbe sobre o empregador. Para a autora, a consagração da figura no Código do de 2003 correspondeu “[...] à orientação mais correcta, por dois motivos essenciais: por força da identificação do objecto do contrato, da parte do trabalhador, com a ideia de actividade...; e pelo relevo dos elementos pessoais no contrato de trabalho, no que ao trabalhador respeita.”³³ A autora, numa tentativa louvável de encontrar um critério para delimitar as situações em que o empregador tem um motivo justificativo para desocupar o trabalhador, propõe o recurso à figura do *ius variandi*.³⁴ Nesse sentido e usando os mesmos requisitos dessa figura, conclui que será justificada a inactividade do trabalhador se ocorrer, “a transitoriedade da situação, o interesse objectivo da empresa na variação e a não modificação substancial da posição do trabalhador em resultado dessa variação”.^{35|36}

Por seu turno, PEDRO FURTADO MARTINS, partindo do princípio geral da boa-fé, constrói um dever geral de ocupar o trabalhador a cargo do empregador,

³² Cfr. Menezes Cordeiro, Manual de Direito do Trabalho, Coimbra, 1991, p. 657.

³³ Cfr. Maria do Rosário Palma Ramalho, “Tratado de Direito do Trabalho Parte II – Situações Laborais Individuais”, 6ª Edição, Almedina, 2016, p. 274.

³⁴ O *ius variandi* em termos simplistas mais não é do que a atribuição temporária ao trabalhador de serviços não compreendidos no objecto do seu contrato de trabalho, ou por outras palavras, trata-se da atribuição de serviços não compreendidos na actividade contratada. O Código do Trabalho no seu artigo 120.º, designa esta realidade como *mobilidade funcional*. Cfr. Bernardo Lobo Xavier, “Manual de Direito do Trabalho”, 2ª Edição, Verbo, 2014, p. 453.

³⁵ Cfr. Maria do Rosário Palma Ramalho, ob. cit. p. 275.

³⁶ Contra este entendimento, Pedro Furtado Martins entende que a norma que consagra a figura não tutela o interesse do trabalhador, mas pretende sim delimitar a extensão do poder directivo do empregador, cfr. Despedimento Ilícito, Reintegração da Empresa e Dever de Ocupação Efectiva”, in “Direito e Justiça”, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa – Suplemento, 1992, p. 187.

configurando-o como um dever acessório que integra o contrato de trabalho, isto é, a situação jurídica do trabalho subordinado.³⁷ Na opinião do autor, nas situações em que o empregador não ocupe o trabalhador tendo este um interesse legítimo nessa ocupação, caberá ao empregador, caso a caso, justificar a motivação da sua não ocupação. Assim, conclui dizendo que, “[...]desde o Código do Trabalho de 2003 que a questão da ocupação efectiva se encontra normativamente colocada nos seus devidos termos: não se trata de o trabalhador ter direito a executar a prestação principal de que é devedor, mas antes de um dever do credor-empregador não «obstar injustificadamente à prestação efectiva de trabalho» [artigo 129.º, 1, b)].”³⁸

Com base na tutela da actividade profissional dos trabalhadores, JORGE LEITE vê na ocupação efectiva do trabalhador o único meio possível de satisfação do seu interesse próprio do exercício da sua actividade. Apenas com o *efectivo* exercício da actividade para a qual foi contratado, pode o trabalhador ver plenamente satisfeito o seu interesse. Nas palavras do autor, “o interesse tutelado com o direito de trabalhar ou com o correspondente “dever de ocupação” não é tanto, nem sobretudo, o de o trabalhador cumprir a sua obrigação, mas o interesse próprio, autónomo, de exercer a sua actividade profissional.[...] não se trata, pois, do direito do devedor de cumprir a sua obrigação.”³⁹

ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO vê na figura da ocupação efectiva do trabalhador um ónus que impende sobre o empregador – ao contrário da doutrina maioritária como acabámos de verificar – e não um dever. É através da tutela da profissionalidade dos trabalhadores que o autor incorpora a existência e relevância da ocupação efectiva na relação laboral, mas, sem nunca olhar para esta figura como um obrigação *stricto sensu*, dizendo que, “Não se concretiza, porém, na atribuição a cada trabalhador, individualmente considerado, de um direito subjectivo oponível ao empregador. Opera, como se disse, a montante, limitando o âmbito das escolhas acessíveis ao empregador

³⁷ Cfr. Pedro Furtado Martins, ob. cit. p. 188.

³⁸ Cfr. Pedro Furtado Martins, Cessação do contrato de trabalho, 4ª Edição, Principia, 2017, p. 355.

³⁹ Cfr. Jorge Leite, “Direito de exercício da actividade profissional no âmbito do contrato de trabalho” in Revista do Ministério Público, vol. 47, 1991. pp. 29 e ss.

na administração dos contratos de trabalho”.⁴⁰ No entanto, ressalva o autor que, “A decisão pela qual o empregador opte por prescindir de uma concreta prestação de trabalho terá, pois, de se encontrar devidamente justificada, está temporalmente condicionada e deve ser comunicada ao trabalhador, com indicações dos seus fundamentos”,⁴¹ mas entende o autor que será abusivo retirar do artigo 129.º uma consagração ainda que genérica de um dever de ocupação efectiva.

Por seu turno, BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER na esteira de NUNES DE CARVALHO, questiona se pode o empregador lícitamente prescindir da actividade de um ou vários trabalhadores, não deixando – obviamente – de lhes pagar retribuição. O autor é peremptório em afirmar que não existe sobre o empregador qualquer dever de ocupação efectiva, podendo assim - desde que de acordo com os deveres gerais de boa-fé - o empregador, com base no seu poder de direcção, desaproveitar a prestação inerente à actividade profissional do seu trabalhador. Refere ainda o autor que “[...] só se poderá falar de ilícito patronal a este propósito quando a conduta do empresário que não permita execução corresponda a uma quebra do dever de boa fé ou constitua abuso de direito”.⁴² Em suma, conclui *também* o autor que quando muito a ocupação efectiva do trabalhador se traduzirá num ónus para o empregador e nunca num efectivo dever de ocupar.⁴³

Como acabou de ficar demonstrado, podemos elencar na actualidade dois grandes sectores na doutrina relativamente à figura da ocupação efectiva, independentemente de como se viu, em alguns casos, serem diferentes os fundamentos para chegar a semelhantes conclusões. Por um lado, o sector que reconhece a existência

⁴⁰ Cfr. António Nunes de Carvalho “Ocupação efectiva do trabalhador” no código do trabalho” in *Prontuário de Direito do Trabalho*, N.º 83, Maio - Agosto de 2009, p. 129.

⁴¹ Cfr. António Nunes de Carvalho “Ocupação efectiva do trabalhador” no código do trabalho” in *Prontuário de Direito do Trabalho*, N.º 83, Maio - Agosto de 2009, p. 141.

⁴² Cfr. Bernardo Lobo Xavier, “Manual de Direito do Trabalho”, 2ª Edição, Verbo, 2014, página 487.

⁴³ Era já essa a opinião de Bernardo Lobo Xavier quando no princípio da década de 70 escrevia, “torna-se difícil, a não ser para casos especiais, considerar que o trabalhador tem um direito contra o empresário de desempenhar a prestação de trabalho. Não parece viável, portanto, configurar a cooperação creditória como mais do que um ónus”. Cfr. “A repercussão do encerramento definitivo do estabelecimento nos contratos de trabalho”, RDES, XX, n.º 1, página 18.

de um direito genérico do trabalhador a ser efectivamente ocupado pelo seu empregador, recaindo assim sobre este último, um verdadeiro dever, ainda que acessório, quanto à ocupação do primeiro.⁴⁴ Por outro, ainda que minoritário, temos o sector que vê na ocupação efectiva um ónus que recai sobre o empregador e não um dever, isto é, a lei estabelece sim uma proibição de se obstar injustificadamente à prestação efectiva de trabalho e nada mais.⁴⁵

⁴⁴ Estamos perante o sector largamente maioritário, do qual apenas se afastam Bernardo Lobo Xavier e António Nunes de Carvalho.

⁴⁵ Uma vez que o presente capítulo teve por objectivo elencar as principais teses defendidas na actualidade quanto à figura da ocupação efectiva, enquadramos nas considerações finais a análise e a bondade de um e outro sector, no último capítulo da presente dissertação.

2.3. BREVE ENQUADRAMENTO DE DIREITO COMPARADO

Actualmente, nos ordenamentos jurídicos europeus que nos são mais próximos é possível verificar-se o reconhecimento de um *dever geral de ocupação efectiva*, independentemente dos fundamentos para a sua consagração divergirem de país para país. Compreende-se que a concretização desta figura tenha sido efectivamente mais fácil em países como a Alemanha, devido ao cariz da sua Constituição no tratamento que dá à matéria dos direitos sociais e fundamentais,⁴⁶ que por exemplo em Itália, ordenamento onde a figura, até ao surgimento do *Statuto dei Lavoratori*, encontrava poucos argumentos – legais ou constitucionais – para se conseguir afirmar de forma inequívoca.⁴⁷

Em Espanha o ET consagra o direito à ocupação efectiva dos trabalhadores, no seu artigo 4.º n.º2, al. a).⁴⁸ No referido artigo pode ler-se que “En la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho: a) A la ocupación efectiva”. Este direito de ocupação efectiva consagrado no *Estatuto de los Trabajadores*, é aplicável para a grande maioria das situações de trabalho subordinado no país vizinho e é visto como um direito instrumental que funciona como garante de outros direitos dos trabalhadores, como seja

⁴⁶ Assim ensina António Monteiro Fernandes, *Direito do Trabalho*, Almedina, 2017, 18ª Edição, pág. 350, quando refere que “Desde a primitiva impositação da jurisprudência germânica – assente num “direito à consideração ou reconhecimento” do modo porque o trabalho é realizado – [...] o travejamento do dever de ocupação utilizou materiais de diversas qualidade e proveniências. Ele reveste-se, por certo, de particular liquidez quando o ordenamento constitucional oferece explícita prioridade à tutela dos valores da personalidade, inserindo nesse quadro o trabalho como meio de realização e desenvolvimento pessoal e de afirmação social.”.

⁴⁷ Pedro Furtado Martins, ob. cit., pp. 177, “[...] o empregador não estava, em regra, obrigado a receber a prestação de trabalho, salvo casos excepcionais[...] Esta tese foi durante bastante tempo predominante na doutrina juslaboral italiana e ainda hoje tem reputados defensores. Todavia, após a entrada em vigor do “Statuto dei Lavoratori”, desenvolveu-se uma forte corrente doutrinária em sentido oposto, que tende a afirmar a existência de um dever geral de ocupação efectiva como manifestação do princípio da tutela da profissionalidade do trabalhador.”.

⁴⁸ Para uma melhor compreensão da figura no direito laboral espanhol, por todos, Ignacio Albiol Montesinos, Luís Miguel Camps Ruiz, Jaun López Gandia e Tomás Sala Franco, *Compendio de Derecho del Trabajo – Tomo II Contrato Individual*, Tirant to Blanch, Valencia, 2006, página 206 ss. ou ainda, Montoya Melgar, *Derecho del Trabajo*, 34ª edição, Tecnos, Madrid, 2014, p. 404.

a dignidade pessoal e profissional.⁴⁹

No ordenamento jurídico italiano, com a entrada em vigor do *Statuto dei Lavoratori*, passou a ser entendimento maioritário o de admitir a existência de um dever geral de ocupação efectiva do trabalhador, não pela consagração legal expressa do mesmo, mas com fundamento na manifestação do princípio da tutela da profissionalidade do trabalhador.⁵⁰ Neste país foi gritante a alteração de paradigma com o surgimento deste Código uma vez que até então, a doutrina maioritária se batia pela não obrigatoriedade do empregador em receber a prestação de trabalho do seu trabalhador.⁵¹ O entendimento era até o oposto do actual nos ordenamentos jurídicos modernos, só em casos excepcionais teria o empregador de receber a prestação creditória do trabalhador, podendo não o fazer se não existisse um motivo ponderoso para a sua aceitação.⁵²

Na Alemanha é hoje pacífico um reconhecimento de um dever geral de ocupação efectiva.⁵³ Este, que chegou a ser fundamentado pelo princípio da boa-fé na interpretação dos contratos, §157 do BGB, sendo actualmente reconhecido sem grande celeuma quer na doutrina, quer na jurisprudência alemãs com base em duas principais ordens de argumentos – uma constitucional e outra contratual/obligacional. A primeira, fundamentada nos princípios gerais do Estado social de direito, nomeadamente quando este atribui elevadíssima importância à tutela dos valores da personalidade onde o trabalho, como meio de realização e desenvolvimento pessoal e social do cidadão, está inserido.⁵⁴ E a segunda, por seu turno, tem por base o regime da violação contratual na

⁴⁹ Nesse sentido, Ignacio Albiol Montesinos, *Derecho del Trabajo II, Contrato Individual*, 4ª Edição, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

⁵⁰ Cfr. artigos 13.º e 18.º do *Statuto dei Lavoratori*.

⁵¹ Pedro Furtado Martins, ob. cit. pp. 177, nota de rodapé n.º 420. Na posição tradicional baseada no regime da mora do credor na relação de trabalho, entendia-se que o empregador não estava obrigado a receber a prestação de trabalho, só assim seria em situações em que a recusa da prestação efectiva de trabalho prejudicasse a formação ou o aperfeiçoamento profissional.

⁵² Como seria o caso de prejudicar a formação ou o aperfeiçoamento profissional do trabalhador. Cfr. Pedro Furtado Martins, ob. cit. pp. 177.

⁵³ Corrente iniciada em 1955 pelo Tribunal Federal Laboral Alemão, tornando-se desde então uma questão pacífica na jurisprudência.

⁵⁴ O fundamento constitucional baseia-se nestes termos no artigo 1.º, n.º2 da Constituição Alemã. Cfr. nota de rodapé n.º20.

sua vertente positiva de acordo com o § 276 do BGB, regra aplicável para as relações obrigacionais, onde se inclui, necessariamente, a relação de trabalho.⁵⁵

No modelo anglo-saxónico, já desde meados dos anos 50 verificamos igual tendência para reconhecer como direito do trabalhador, a realização efectiva da prestação de trabalho, só devendo esta ser recusada por motivos concretos e excepcionais. Actualmente nos regimes jurídicos anglo-saxónicos é, sem grandes controvérsias, um *direito* reconhecido aos trabalhadores, à luz do que acontece nos restantes ordenamentos jurídicos europeus.⁵⁶

Por fim e a título complementar, fora do âmbito do direito europeu, no regime jurídico angolano, a Lei Geral do Trabalho no seu artigo 7.º prevê como direitos fundamentais dos trabalhadores o direito ao trabalho e ao livre exercício da profissão e no artigo 43.º b) da LGT, encontra-se uma concretização da figura da ocupação efectiva do trabalhador.⁵⁷ Em consonância com o nosso ordenamento jurídico, no ordenamento angolano o empregador poderá manter o trabalhador sem actividade caso para isso tenha uma legítima justificação, como por exemplo nos termos do artigo 53.º da LGT em situações de suspensão preventiva do trabalhador. A violação deste dever por parte do empregador permitirá ao trabalhador ser indemnizado nos termos gerais do artigo 798.º do CC.⁵⁸

⁵⁵ Cfr. António Monteiro Fernandes, ob. cit. pp. 350. Para maiores desenvolvimentos sobre a evolução desta figura no ordenamento jurídico alemão, cfr. Pedro Furtado Martins, ob. cit. pp. 177-179.

⁵⁶ Para uma melhor compreensão da matéria no modelo anglo-saxónico, vide, Roger W. Rideout, *Principles of Labour Relations Law*, Sweet & Maxwell, 5ª Edição, 1989 ou John Bowers, *Employment Law*, Blackstone, 8ª Edição, Londres, 2009.

⁵⁷ O artigo 43.º com a epígrafe “Direitos do trabalhador”, tem a seguinte redacção “Além dos direitos fundamentais previstos no artigo 7.º e outros estabelecidos nesta Lei, nas convenções colectivas de trabalho e no contrato individual de trabalho, ao trabalhador são assegurados os seguintes direitos: b) Ter ocupação efectiva e condições para o aumento da produtividade do trabalho”.

⁵⁸ Sobre o regime jurídico do trabalho em Angola, cfr. Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, *Direito do Trabalho de Angola*, Almedina, 5ª Edição, 2016. Sobre a ocupação efectiva em concreto, no manual citado, pp. 217 e 218.

2.4. JURISPRUDÊNCIA

Pode dizer-se que na jurisprudência nacional no que à ocupação efectiva diz respeito foi visível uma mudança de paradigma dos tribunais portugueses do sentido da quase total negação de um dever geral de ocupar o trabalhador, para uma tendência de afirmação quase absoluta do dever em causa, apoiando-se maioritariamente na vertente doutrinária da defesa da ocupação efectiva como um dever do empregador.⁵⁹

Antes da consagração no Código do Trabalho de um artigo relativo à ocupação efectiva do trabalhador, eram dois os principais argumentos invocados pela jurisprudência para sustentar a existência dessa obrigação por parte do empregador. Por um lado, as normas constitucionais,⁶⁰ onde durante décadas se confundiu o “direito ao trabalho” com o “direito a trabalhar”,⁶¹ invocando-se os artigos 58.º e 59.º da CRP que, como se verá *infra*,⁶² não servem, nem poderiam servir, de justificação para a consagração de um direito a favor do trabalhador. Por outro lado, através de disposições da LCT, nomeadamente, e, em especial dos artigos 18.º, 22.º e 23.º.⁶³

Chegou ao ponto, diga-se, absurdo, de se condenar o empregador a dar ocupação efectiva a certos trabalhadores, mesmo tendo ficado provado que a entidade

⁵⁹ Se é certo que o reconhecimento da existência de um dever de ocupar o trabalhador era raramente aceite, com a aproximação do final do século XX, assistiu-se a uma clara inversão de tendência, primeiramente na doutrina e à boleia desta, na jurisprudência dos tribunais nacionais. Cfr. António Nunes de Carvalho, “A “Ocupação efectiva do trabalhador” no Código do Trabalho” in *Prontuário de Direito do Trabalho* N.º 83 Maio - Agosto de 2009, pp. 125.

⁶⁰ Nesse sentido entre muitos outros, Ac. TC n.º 951/96, proc. n.º 481/94, Ac. TC n.º 107/88, proc. n.º 220/88 ou Ac. TRL. 28-05-2008, proc. n.º 970/2008-4.

⁶¹ Como bem nota Pedro Furtado Martins, “Despedimento Ilícito, Reintegração da Empresa e Dever de Ocupação Efectiva”, in “Direito e Justiça”, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, 1992, página 180.

⁶² Cfr. capítulo 5. da presente dissertação.

⁶³ Para uma extensa e cuidada análise da fundamentação usada com base na LCT para chegar a um dever patronal de ocupar o trabalhador e pela conclusão da sua impossibilidade, vide António Nunes de Carvalho, “Sobre o dever de ocupação efectiva do trabalhador” in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano XXXIII (VI da 2ª Série) – N.º 3 e 4, 1991, pp. 308 a 316.

empregadora não dispunha de qualquer tipo de trabalho para lhes ser atribuído, isto é, existindo justificação para a sua não ocupação.⁶⁴

No ano de 1992 dizia já PEDRO FURTADO MARTINS, “De qualquer forma, arriscamo-nos a fazer o prognóstico de que o reconhecimento do dever de ocupação efectiva é hoje um dado irreversível, facto que em grande parte se deve à actividade jurisprudencial”.⁶⁵ Esta previsão certa do autor, teve como base a tendência quase total com que a jurisprudência nacional vinha fundamentando a existência de um dever geral de ocupar o trabalhador.⁶⁶

Actualmente e depois da consagração da ocupação efectiva do trabalhador – no entender da jurisprudência, como um direito deste – a discussão passou a ser feita não no plano da sua existência, mas tão-só, quanto à necessidade de se saber se a desocupação do trabalhador se entende ou não ter sido justificada. Ainda que na maioria das situações se considerem preferencialmente os interesses do trabalhador, não se assistindo a uma ponderação dos interesses do empregador, a título de exemplo Ac. TRC. de 16/06/2011,⁶⁷ proc. n.º150/09.8TTFIG.C1, encontramos outras decisões devidamente fundamentadas, no sentido da não *absolutização* de um hipotético dever de ocupar. Por exemplo o Ac. STJ de 07/10/2004, proc. n.º 04S1003, quando refere que “O direito à ocupação efectiva carece de ser analisado não apenas no plano da realização pessoal do trabalhador (artigo 59º, n.º 1, alínea b), da Constituição), mas também à luz do princípio da liberdade da iniciativa económica das empresas, também consagrado constitucionalmente (artigo 61º, n.º 1)” ou ainda o Ac. STJ de 31/05/2016, proc. n.º 3715/13.0TTLSB.L1.S1, onde de forma louvável se disse que, “A violação do dever de ocupação efectiva do trabalhador, com a protecção deste, pressupõe que exista por parte do empregador comportamentos injustificadamente obstativos da prestação

⁶⁴ Cfr. Pedro Furtado Martins, ob. cit. pp. 180; TRE. 19/11/87, in CJ, 1987 e TRE. 07/01/88 in CJ, 1988.

⁶⁵ Pedro Furtado Martins, ob. cit. página 180.

⁶⁶ Pedro Furtado Martins, ob. cit. página 179, nota de rodapé n.º 434.

⁶⁷ Apesar de discorrer largamente sobre as posições de ambas as partes da relação laboral, acaba por ignorar por completo o facto de os trabalhadores em questão estarem envolvidos numa situação de despedimento colectivo, não se compreendendo como pode o tribunal afirmar que do âmbito de uma negociação em sede deste tipo de despedimento, tenham sido confrontados os trabalhadores com factos “inesperados e peremptórios”.

efectiva de trabalho, pelo que só ocorre a violação desse direito se se verificar uma injustificada desocupação do trabalhador determinada pela empregadora.”

A *absolutização* de que falámos no parágrafo anterior é patente no Ac. TRP de 07/09/2015, proc. n.º 762/12.2TTVNG.P1, no seu sumário pode ler-se, “ É proibido à entidade patronal opor-se, por qualquer forma, a que o trabalhador exerça os seus direitos (n.º 1, a) do artigo 129.º do C.T.), bem como obstar injustificadamente à prestação efetiva de trabalho (n.º 1, b) do mesmo artigo 129.º).” Até aqui, nada existe a comentar por se tratar de reprodução de normas legais, mas veja-se como continua o supracitado acórdão, “Se as tarefas atribuídas pela empregadora à trabalhadora e que, no seu entender, são aquelas que preenchem precisamente o horário de trabalho desta, não estão compreendidas no conteúdo funcional da sua categoria de encarregada de refeitório, ocorre violação deste conteúdo funcional da categoria atribuída e, indireta ou reflexamente, a violação do dever de ocupação efetiva.” o tribunal, numa tentativa inovadora de justificar uma suposta não atribuição de funções ao trabalhador, cria um novo conceito, o de *violação da ocupação efetiva do trabalhador indirecta ou reflexa*. Mais uma vez, parece estranho que de uma proibição imposta ao empregador, isto é, a de obstar de forma injustificada à prestação de trabalho do trabalhador, não se tratando de uma proibição genérica, possa dar azo à criação de figuras intermédias ou indirectas para a sua justificação. Para mais quando não é explicado o que se entende por “reflexamente” no referido acórdão. Outras tentativas existiram do uso da figura da ocupação efectiva como mártir para justificar uma suposta ilicitude para situações de resolução de contrato de trabalho, como no caso da suspensão preventiva do trabalhador. No entanto, a jurisprudência decide bem, quando regularmente afirma que “Não se verifica a violação do referido dever se o empregador suspende preventivamente o trabalhador e lhe remete, posteriormente, antes de decorrido o prazo de 30 dias previsto na lei a nota de culpa...”⁶⁸

⁶⁸ Ac. STJ, de 02-04-2008, proc. n.º 07S4104.

Não deixa de ser interessante - mas penoso – no entanto, verificar que o STJ⁶⁹ envolvidos mais de 50 anos do início da discussão na doutrina do tema da ocupação efectiva, justifique ainda as suas decisões, *in casu*, de condenação da entidade empregadora, com a seguinte argumentação. “Pese embora o DL 49 408 de 29 de novembro de 1969 não contivesse norma que expressamente consagrasse o direito do trabalhador à ocupação efectiva, o mesmo era admitido na doutrina e na jurisprudência, constituindo uma decorrência do estabelecido nos arts. 58º, nº 1 e 59º, nº 1, al. b) da CRP – direito ao trabalho e como forma de realização pessoal.” Não se sabe se é pior o Supremo Tribunal de Justiça justificar uma decisão recorrendo ao argumento que “era admitido na doutrina e jurisprudência” ou se fazer decorrer de normas programáticas dirigidas ao Estado um direito do trabalhador sobre o empregador.

No entanto não achamos despiciendo questionar se o reconhecimento e consequente consagração da ocupação efectiva do trabalhador no Código do Trabalho não terá implícito um problema de *base*. Se em grande medida a sua consagração teve alicerces numa actividade jurisprudencial baseada em argumentação incorrecta e de fraca fundamentação, não poderá o legislador do Código de 2003 simplesmente não ter tido a *força necessária* para enfrentar a grande maioria das decisões judiciais que eram emanadas dos nossos tribunais e nesse sentido ter simplesmente *passado para o papel* o entendimento maioritário da jurisprudência?

⁶⁹ Ac. STJ de 07-09-2017, proc. n.º 412/2000.L1.S1.

3. INCUMPRIMENTO

Nos termos em que se encontra elencada no Código do Trabalho, a garantia do trabalhador à ocupação efectiva cria na esfera jurídica deste a possibilidade de reagir a uma injustificada desocupação do seu posto de trabalho.

Numa primeira vertente, pelos danos patrimoniais e não patrimoniais que efectiva e comprovadamente lhe tenham sido causados nos termos previstos no artigo 323.º do CT, isto é, danos decorrentes da suposta inactividade e, numa outra vertente, a possibilidade de o trabalhador requerer que lhe seja concedido o exercício da actividade contratada, nomeadamente através de acção judicial onde peticione a condenação da entidade empregadora na obrigação de esta lhe proporcionar efectiva ocupação, atribuindo-lhe funções dentro da categoria profissional que teve por base a sua contratação.

Não existindo interesse na continuidade da relação laboral por parte do trabalhador, sempre poderá recorrer à resolução com justa causa do seu contrato de trabalho, nos termos do artigo 394.º n.º 2, alínea b) do CT, tendo ainda direito a ser indemnizado nos termos do artigo 396.º.

Existe ainda na doutrina quem defenda a aplicação do artigo 829.º-A do CC – sanção pecuniária compulsória – para situações de violação do dever de ocupação efectiva⁷⁰ ou ainda quem entenda que pode o trabalhador recorrer a um procedimento cautelar comum nos termos do artigo 32.º do CPT, por via a terminar uma eventual situação de injustificado impedimento ao exercício da actividade.⁷¹

Com o devido respeito, não nos é possível concordar com nenhuma das orientações, desde logo, por não concordarmos com a visão de que a entidade

⁷⁰ Para maiores desenvolvimentos, Pedro Romano Martinez, *Direito do Trabalho*, Almedina, 2017, 8ª Edição, pp. 535 e 536, ou ainda António Monteiro Fernandes, *Direito do Trabalho*, Almedina, 2017, 18ª Edição, página 352.

⁷¹ Neste sentido, Paulo Sousa Pinheiro “Curso Breve de Direito Processual do Trabalho”, 2ª Edição Revista e Actualizada, Coimbra Editora, 2014, pp. 90 e Jorge Leite “Direito de exercício da actividade profissional no âmbito do contrato de trabalho” *in* Revista do Ministério Público, 1991, pp. 34.

empregadora mesmo contra os interesses da organização empresarial dos quais deve zelar, está obrigada a usar ininterruptamente a actividade do trabalhador por si contratado. Em ambas as situações seria necessário conseguir determinar temporalmente o início da suposta violação do dever de ocupação efectiva do trabalhador. Na primeira situação, parece-nos que a ser o empregador constituído na obrigação de pagar uma sanção pecuniária compulsória ao trabalhador, nos termos do artigo 829.º-A do CC, seria necessário por parte do tribunal a capacidade de determinar, não só o dia em que o suposto incumprimento teria iniciado, como igualmente o seu *quantum* temporal, isto é, se durou um mês de forma ininterrupta, se durou vários dias, seguidos de outros de ocupação normal do trabalhador e mais tarde se voltou a uma situação de inactividade etc.

Por seu turno, a possibilidade de recurso a uma providência cautelar por via a terminar uma eventual desocupação efectiva do trabalhador não está igualmente livre de problemas, basta pensar na dificuldade em aferir o *quantum* temporal necessário para que o trabalhador possa usar deste mecanismo, uma vez que a lei não resolve a questão. A expressão “injustificadamente” presente no artigo 129.º n.º1, alínea b), indica desde logo, *a contrario*, que existindo motivo, pode o empregador manter o trabalhador desocupado da sua normal actividade. Logo, a não existir uma concretização de um mínimo temporal de “desocupação”, corre-se o risco de uma eventual proliferação de providências cautelares em variadíssimas situações, podendo chegar-se ao ponto de um trabalhador a quem tenham sido dado alguns dias de folga⁷², intente uma providência cautelar de imediato por não saber exactamente quantos dias estará desocupado, por via a salvaguardar dessa forma a possibilidade de o empregador não o deixar inactivo ou desocupado por um longo período de tempo ou ainda em situações onde existe efectiva justificação por parte do empregador para deixar o trabalhador sem actividade durante algum tempo, mas este último recorra de imediato a uma providência cautelar por não concordar com a motivação do empregador.

⁷² Imagine-se a situação do empregador que informa o trabalhador que pode ir uns dias para casa uma vez que não se encontra na empresa qualquer tipo de função para este desempenhar durante um período indeterminado de tempo.

Fácil é de concluir que a reconhecer-se um efectivo direito do trabalhador à sua ocupação efectiva nos termos em que este parece ser reconhecido pela jurisprudência e por grande parte da doutrina, isto é, como um direito *concreto do trabalhador a estar ocupado a todo o momento*, levado ao extremo poderá originar situações de despedimento. Pense-se na situação em que o empregador com base no artigo 367.º tem justificação para realizar um despedimento por extinção de posto de trabalho. Para quem entende que a ocupação efectiva tem implícita a plena realização pessoal do trabalhador, sendo esta apenas possível através do desenvolvimento da sua personalidade com uma ocupação constante do seu posto de trabalho, isto é, realizando de forma contínua o exercício da sua actividade, não podendo o empregador afastar o trabalhador do exercício das suas funções⁷³, não será possível a um empregador manter um trabalhador inactivo durante algum tempo, pagando-lhe obviamente a sua normal retribuição, na perspectiva de futuramente o conseguir ocupar no posto de trabalho que desempenhava.⁷⁴

Na situação que se acabou de referir, não podendo o empregador continuar a pagar a retribuição ao trabalhador sem lhe atribuir qualquer actividade para a qual foi contratado, e estando verificados os requisitos para extinguir o posto de trabalho, outra conclusão não se pode retirar que nada mais restaria ao empregador senão proceder à extinção do posto e consequentemente despedir o trabalhador, uma vez que o esvaziamento temporário das suas funções, mesmo com a sua retribuição assegurada, levaria a uma violação do dever de ocupação efectiva.

Infelizmente, tanto no Código de 2003 como mais tarde em 2009, a norma relativa à ocupação efectiva do trabalhador deixou várias questões por resolver.⁷⁵ Basta pensar que não foram delimitados – para a doutrina e jurisprudência que defende a

⁷³ Neste sentido Jorge Leite, “Direito de exercício da actividade profissional no âmbito do contrato de trabalho” in Revista do Ministério Público, 1991, pp. 9 ou Motta Veiga, “Direito do Trabalho” vol. II, Universidade Lusíada, 1989, pp. 84.

⁷⁴ Veja-se o paralelismo com o regime legal da suspensão do contrato de trabalho, art. 298.º e ss. do Código do Trabalho. Uma vez que está acautelado no regime da suspensão do contrato de trabalho, por motivos de interesse do empregador, a inactividade do trabalhador, a nosso ver, não se compagina a aceitação deste regime, sem se admitir quanto à ocupação efectiva uma igual “suspensão” do exercício da actividade do trabalhador.

⁷⁵ Neste sentido, António Nunes de Carvalho, “A ocupação...” pp. 143 ss.

existência efectiva de um verdadeiro dever - os limites à actuação do empregador no sentido de saber se está ou não em violação do seu dever. Entre várias outras questões, surgem desde logo as seguintes. Só poderá manter o trabalhador desocupado em situações de impossibilidade prática de fornecer trabalho?⁷⁶ São admitidas mais situações de desocupação fundamentadas? Em caso afirmativo, quais? O que dizer das situações em que o trabalhador está ocupado mas em subaproveitamento? Será considerada violação do dever de ocupar a não atribuição de tarefas, isto é, a situação de inactividade, ou está vedada qualquer situação de impedimento relativamente ao objecto do contrato para o qual foi contratado?⁷⁷

Por fim, como bem nota ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES⁷⁸, não estão legalmente estabelecidas as consequências jurídicas para o empregador da inobservância da atribuição de ocupação efectiva a um seu trabalhador, quando esta é judicialmente determinada. A nosso ver, para além de indiciário da falta de concretização de um dever de ocupação efectiva do trabalhador, o não estabelecimento de consequências jurídicas em caso de sentença judicial que determine a violação de ocupar o trabalhador, é de todo incompreensível por se tratar quanto a nós, de uma das mais relevantes questões, em situação de efectivo incumprimento injustificado por parte do empregador.

⁷⁶ Por exemplo, por falta de maquinaria.

⁷⁷ Todas estas questões são levantadas igualmente por António Nunes de Carvalho.

⁷⁸ Ob. cit. pp. 352 e 353.

4. VISÃO ACTUALISTA

4.1. O DIREITO À INICIATIVA ECONÓMICA PRIVADA

É de certa forma enigmático o tratamento dado pela jurisprudência e parte da doutrina ao tema da ocupação efectiva do trabalhador, tentando retirar da Constituição a génese para um suposto direito do trabalhador - baseado em normas constitucionais dirigidas ao Estado - mas por outro lado, olvidando reconhecer a importância de um direito fundamental consagrado constitucionalmente, que sempre terá de ser considerado no confronto entre ambas as partes da relação laboral.

Nas palavras de GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, em anotação ao artigo 61.º n.º 1 da CRP pode ler-se que, “ao reconhecer a liberdade de iniciativa económica privada, a Constituição considera-a seguramente...como um direito fundamental”⁷⁹. O direito fundamental à iniciativa económica privada encerra duas vertentes, por um lado, a liberdade de qualquer sujeito privado criar uma empresa/estabelecimento através do seu investimento (liberdade de iniciar uma actividade económica) e por outro, a liberdade de organização, gestão e actividade empresarial.⁸⁰

É nesta última vertente, que envolve necessariamente a liberdade de dirigir e conformar a organização económica de que o empregador é titular, que se torna fulcral a ponderação dos interesses deste. O trabalhador fazendo parte da relação contratual que surge da celebração de um contrato de trabalho, não a esgota, sendo necessário que os interesses atinentes a ambas as partes sejam considerados.

Dito isto, a ocupação efectiva não pode ser analisada apenas do ponto de vista da realização pessoal do trabalhador, tendo sempre de ser feita igualmente a ponderação

⁷⁹ J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, CRP Anotada Volume I, Coimbra Editora, 2007, página 789 ss.

⁸⁰ Para um estudo sistemático e aprofundado sobre o tema, entre muitos outros, veja-se, Jorge Miranda, *Direitos Fundamentais*, Almedina, 2017 ou ainda, José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Almedina, 2017.

à luz do princípio da liberdade de iniciativa económica privada.

É desta forma que se apresenta de basilar importância a utilização da expressão “injustificadamente” no texto do artigo relativo à ocupação efectiva. A nosso ver, é precisamente por ter entendido que a efectiva ocupação do posto de trabalhado não é em si mesma um direito, que o legislador abriu a porta à possibilidade do empregador, sempre que entender ter um motivo não contrário à boa-fé, mas que na ponderação dos interesses de uma normal gestão empresarial lhe seja permitido desocupar o trabalhador das funções para que foi contratado, mantendo este – obviamente –, o seu normal direito à retribuição.

Para uma melhor compreensão, pense-se no exemplo do empregador sujeito ao pagamento de IRC que detenha uma empresa de fabrico de automóveis, que ao aproximar-se do final do ano se apercebe que mantendo o volume de negócios/produção dos últimos meses, será taxado num escalão mais elevado de impostos, isto é, terá de pagar uma percentagem mais alta devido ao aumento do seu volume de negócios, originando assim com a continuação da normal produção, não um acréscimo dos lucros da empresa, mas sim uma diminuição.

Esta *obrigação constante do exercício da actividade contratada*, no exemplo anteriormente referido, que originaria um elevado volume de negócios e consequente aumento da carga fiscal - resultando num lucro inferior para o empregador ao que teria se tivesse desocupado alguns trabalhadores –, terá como principal consequência a diminuição do montante disponível para a distribuição de prémios ou de lucros da empresa, como é fácil de ver seria o próprio direito a retirar vantagens aos trabalhadores.⁸¹

No exemplo que se acabou de dar e segundo os defensores da ocupação efectiva

⁸¹ Num exemplo mais extremo, mas possível, usando a situação descrita anteriormente, pense-se na hipótese em que a continuidade do nível de produção da empresa originaria uma taxa mais gravosa de IRC a pagar pelo empregador, originando uma situação tal de carga fiscal, que iria necessariamente dar origem a despedimentos ou mesmo a uma situação de insolvência, por exemplo pelo facto da empresa já se encontrar com bastante dívidas a fornecedores. Para os defensores da ocupação efectiva como um direito concreto do trabalhador, não podendo o empregador por meras razões económicas ou de gestão, manter o trabalhador desocupado, teria no exemplo referido de o manter em actividade, o que levaria a um aumento dos níveis de produção e nesse sentido, contribuindo para o seu próprio “despedimento”.

do trabalhador como um direito que tem por base a satisfação do interesse próprio do trabalhador, apenas satisfeito com o efectivo e contínuo exercício do posto para que foi contratado, não poderia o empregador deixar de atribuir tarefas a um ou alguns dos seus trabalhadores durante algum tempo, sob pena de esvaziamento dos seus postos de trabalho, uma vez que no nosso exemplo, era possível objectivamente ocupá-los. Seguindo este raciocínio, apenas seria possível para o empregador desocupar os seus trabalhadores em situação de objectivo impedimento, como seria o da completa destruição do local de trabalho.

Veja-se que os defensores deste entendimento não equacionam a hipótese do hipotético direito que defendem – visto como garantístico dos interesses do trabalhador –, no limite, levar a situações em que seja o próprio trabalhador a sair prejudicado. Assim, em nossa opinião, é certa a afirmação de ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO quando refere que, “É à entidade patronal, não ao trabalhador, que pertence a organização da actividade debitória, e isto por motivos que se alicerçam na própria razão de ser deste tipo contratual. Não pode, nesta medida, deixar-se de atentar no acréscimo de poder que daí lhe advém. Trata-se, afinal, de dar espaço ao funcionamento da autonomia organizativa do empregador, deixando-lhe os poderes necessários ao tipo de gestão que pretende imprimir à organização laboral. O reconhecimento da iniciativa privada postula que aos titulares das organizações produtivas seja dada a possibilidade de chamarem a si opções que dependem de um acto de vontade, que não pertencem ao “mundo das coisas”. ”⁸²

⁸² Cfr. António Nunes de Carvalho, Sobre o dever de ocupação efectiva do trabalhador, RDES, 1991, n.ºs 34, páginas 320 e 321. Independentemente dos mais de 25 anos desde a publicação do referido texto, continua totalmente actual quer do ponto de vista dogmático, quer do ponto de vista constitucional, a transcrição aqui utilizada relativamente à necessidade de reconhecimento do direito à iniciativa económica privada e da sua necessária ponderação com a ocupação efectiva do trabalhador.

4.2. BOA-FÉ

O instituto da boa-fé como princípio geral de Direito⁸³ foi indubitavelmente um forte alicerce para a consagração da figura da ocupação efectiva do trabalhador na legislação nacional. Prova disso mesmo encontra-se na redacção actual do artigo 129.º n.º1, alínea b), nomeadamente através da expressão *injustificadamente*.⁸⁴

A boa-fé é, nestes termos, o critério orientador da colaboração existente entre ambas as partes da relação laboral e, dessa forma, será este que, juntamente com a autonomia organizativa própria do empregador, ditará qual a actividade a ser desempenhada a cada momento pelo trabalhador.⁸⁵ No entanto, não bastará este argumento para retirar da alínea b) do artigo 129.º um qualquer efectivo direito do trabalhador como de seguida se verá.

Não se pode olvidar que a boa-fé tem suma importância no seio de uma relação laboral, mas assim também o é nos termos gerais do artigo 126.º do CT e no mesmo sentido do artigo 762.º, n.º 2 do CC para qualquer situação que envolva uma relação obrigacional, como é o caso do contrato de trabalho. Quer com isto dizer-se que usar o instituto da boa-fé como justificação suficiente para o reconhecimento de um direito é ir longe demais.⁸⁶

⁸³ Para um estudo amplamente desenvolvido do tema, cfr. António Menezes Cordeiro, “Da Boa Fé no Direito Civil”, Teses de Doutoramento, Almedina, 2017.

⁸⁴ *A contrario*, isto é, com justificação, logo com a boa-fé, pode o empregador manter o trabalhador desocupado das suas funções.

⁸⁵ Nas palavras de João Leal Amado, “É evidente que a entidade empregadora dispõe do poder de dirigir, conformar, controlar e fiscalizar a actividade dos respectivos trabalhadores. Ponto é, contudo, que o exercício destes poderes empresariais se processe de acordo com a boa fé, não originando constrangimentos ao trabalhador, não afetando a sua dignidade, não lhe criando um ambiente intimidativo, hostil, degradante, humilhante ou destabilizador. *Ponto é, afinal, que o exercício dos poderes patronais respeite a pessoa que há em cada trabalhador*”.

⁸⁶ António Nunes de Carvalho Ob. cit. referia já de forma irrepreensível em 1991 que “A possibilidade de fundamentar na boa fé um dever de protecção a cargo do credor empregador não implica fatalmente, como veremos, a atribuição de um direito correspondente ao trabalhador, e muito menos compatibiliza logicamente esse pretensão direito com o dever de prestar. Logo, da hipótese de solução de um problema de fundamentação não podemos retirar a solução de uma questão de estrutura. Assim, para quem

Na visão de PEDRO ROMANO MARTINEZ “o direito à ocupação efetiva existirá tão-só, na medida em que o empregador atue de má fé, frequentemente, numa atitude discriminatória, que pode estar relacionada com o assédio⁸⁷ (artigo 29.º do CT).” Continua o autor dizendo que, “Assim, se o empregador não atribuir trabalho a um determinado trabalhador por qualquer represália, com intuito discriminatório, estará a agir contra a boa fé e, nesse caso, será possível ao trabalhador fazer valer o direito de ocupação efectiva”. BERNARDO LOBO XAVIER chega a semelhante conclusão, mas partindo de diferente premissa, não é a existência de um hipotético direito que legitima o trabalhador a reclamar para si o exercício de qualquer actividade, mas outrossim o impedimento legal do empregador de agir de má fé, isto é, contra o Direito, referindo que, “Assim, só se poderá falar de ilícito patronal a este propósito quando a conduta do empresário que não permita a execução corresponda a uma quebra do dever de boa fé ou constitua abuso de direito”.⁸⁸

No que à boa-fé diz respeito, ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO é o autor de que mais nos aproximamos. O instituto da boa-fé não tem como objectivo a fundamentação ou a criação de um direito a ocupar numa vertente positiva, antes pelo contrário, a boa-fé, tem sim extrema importância como delimitador negativo de uma eventual actuação ilícita do empregador – no sentido de não poder ocorrer desocupação, sem uma necessária justificação. Refere o autor que “Assim, cremos que o mais que poderá resultar do princípio da boa fé será um dever de fundamentar a decisão em critérios objectivos e coerentes com a razão de ser do poder de direcção patronal, enquanto extensão ou corolário lógico da faculdade de organização da própria estrutura laboral.”⁸⁹

pretenda construir aqui um dever lateral de permitir o cumprimento e um simétrico direito a cumprir permanece por resolver o problema de determinar qual o objecto de tal direito.”

⁸⁷ Sendo certo que a desocupação de um trabalhador pode estar ligada directamente a uma situação de mobbing ou assédio expressamente proibido pelo artigo 29.º do Código do Trabalho, não nos cabe na presente dissertação desenvolver o tema. Para um estudo aprofundado da matéria, cfr. Rita Garcia Pereira, “Mobbing ou Assédio Moral no Trabalho - Contributo para a sua Conceptualização”, Coimbra Editora, 2009 e Pedro Barrambana Santos, “Do Assédio Laboral - pelo Reenquadramento Dogmático do Assédio Moral”, Almedina, 2017.

⁸⁸ Cfr. Bernardo Lobo Xavier, “Manual de Direito do Trabalho”, 2ª Edição, Verbo, 2014, página 487.

⁸⁹ Cfr. António Nunes de Carvalho “Sobre o dever...”, página 323.

Em suma, é a própria boa-fé que estabelece que sejam tutelados os direitos de ambas as partes na relação laboral, querendo com isto dizer-se que nenhum dos intervenientes da mesma deve ter primazia sobre o outro na realização dos seus interesses pessoais.

Assim, parece continuar actual - independentemente de se ver na ocupação efectiva um verdadeiro direito, um dever geral ou apenas e só uma proibição dirigida ao empregador - a afirmação de que “No cumprimento desse dever, o empregador deverá actuar com o esforço exigível ao bom empregador, em face das concepções socialmente dominantes e colocado na posição do empregador concreto.”⁹⁰

⁹⁰ António Menezes Cordeiro “Manual...”, p. 658.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Parece legítimo afirmar-se que mesmo nos dias de hoje, apesar de se admitir a existência de um abstracto *dever* de ocupação efectiva ou de um *dever geral* de ocupação efectiva do trabalhador⁹¹, continuam a pairar dúvidas sobre a sua fundamentação e quanto a nós sobre a sua existência.

Primeiramente, a tentativa de fundamentar a existência de um dever do empregador em normas constitucionais dirigidas ao Estado é falível e inaceitável. O artigo 58.º da CRP - “direito ao trabalho”⁹² - onde frequentemente se alicerça parte da doutrina e jurisprudência para reconhecer a existência de um direito do trabalhador a estar efectivamente ocupado, nunca poderá ser oponível ao empregador, se o destinatário da norma é outro,⁹³ até porque não se vislumbra na Constituição qualquer direito de realizar a prestação. É frequente para os defensores de que os direitos fundamentais dos trabalhadores constantes da lei fundamental servem de argumento e base para a existência de um dever de ocupação efectiva, usar o artigo 59.º, n.º1 alínea b)⁹⁴, no sentido de reforçar e apoiar a sua fundamentação. No entanto, pela leitura do número 2 do referido artigo, parece mais uma vez estar-se perante uma norma programática e se não totalmente, pelo menos de forma predominante, dirigida ao Estado.⁹⁵

⁹¹ Conclusão a que chega a doutrina maioritária por encontrar plasmado no Código do Trabalho - ainda que deficientemente concretizado - um artigo que aponta nesse sentido.

⁹² Como bem refere António Nunes de Carvalho, ““direito ao trabalho” não significa necessariamente “direito à efectiva prestação de trabalho”. Está em causa o direito de todos a uma ocupação remunerada”.

⁹³ É por demais evidente que estamos perante uma norma programática, nas palavras de Mário Pinto, nada mais se trata senão de “uma pretensão jurídica a uma política de ocupação”. Para maiores desenvolvimentos quanto ao destinatário da norma, cfr. António Nunes de Carvalho e Pedro Furtado Martins, ob. Cit., pp 301 ss. e 183 ss. respectivamente.

⁹⁴ Onde se pode ler que “Todos os trabalhadores... têm direito: b) A organização do trabalho em condições socialmente dignificantes, de forma a facultar a realização pessoal e a permitir a conciliação da actividade profissional com a vida familiar;”.

⁹⁵ No mesmo sentido, António Nunes de Carvalho, que usa ainda o argumento da necessária conjugação deste preceito com o artigo 61.º da CRP, relativo à iniciativa privada já analisado no ponto 4.1 da presente dissertação.

Poder-se-á dizer que actualmente nenhuma destas fundamentações se deve ter por relevante, uma vez que o *dever* de ocupação efectiva está consagrado na lei. Discordamos frontalmente deste entendimento. Se é verdade que o artigo 129.º, n.º1, al. b) consagra a impossibilidade de o empregador não atribuir uma actividade ao trabalhador sem que para isso justifique a sua actuação, não se concebe que o legislador tenha pretendido criar um direito a favor deste último contra o primeiro. A ser essa a intenção do legislador, por se basear em fundamentos parcos de validade lógico-jurídica como se acabou de demonstrar, estaríamos perante a criação de uma pretensão baseada em critérios de desigualdade, onde se tenta fundamentar a existência de um direito, sem nunca ter presente que a relação de trabalho é composta por interesses bilaterais, e que o direito hipotético a estar *efectivamente ocupado*, nunca poderia coartar o direito à iniciativa económica privada.

Por outro lado, a expressão “injustificadamente” atribui ao empregador a capacidade de conformação da sua vontade de acordo com as regras da livre iniciativa económica, organizando e dirigindo a sua empresa de acordo com as suas preferências e interesses, segundo os seus critérios de racionalidade de gestão.⁹⁶ Convém não esquecer que o risco da actividade económica e do sucesso ou insucesso empresarial

⁹⁶ João Leal Amado critica a perspectiva “simétrica” com que o Código do Trabalho consagra os direitos de personalidade do trabalhador e do empregador, chegando a dizer que “sem prejuízo do óbvio e necessário respeito pelos direitos de personalidade do empregador, esta perspectiva paritária não me parece feliz, por tender a obnubilar o problema da extensão, da intensidade e dos limites dos poderes patronais. Por esta ser uma relação estruturalmente assimétrica, marcada ademais, pelo profundo envolvimento da pessoa do trabalhador na execução da prestação, são os direitos deste e não já do empregador, que o Direito do Trabalho deve salvaguardar. Para tutelar os direitos do empregador, dir-se-á, o CCivil já bastaria [...]” Cfr. João Leal Amado, “Contrato de Trabalho”, Almedina, 2016, pp.186. Não se acompanha a visão de Leal Amado. A perspectiva do autor mitificada por parte da doutrina juslaboral, não corresponde quanto a nós à realidade do século XXI. Cada vez mais as assimetrias entre empregador e trabalhador tendem a desaparecer com a constante formação dos trabalhadores, e uma cada vez maior instrução académica e intelectual por parte destes. Não raras vezes encontramos nos dias de hoje empregadores que constituíram ou herdaram empresas nas últimas décadas, possuindo estes fracos níveis de escolaridade, ao contrário dos trabalhadores que contratam com elevados níveis de formação, muitas vezes superiores aos do próprio empregador. Se efectivamente nos primórdios do século XX muitas vezes os trabalhadores constituíam a parte mais fraca da relação laboral, não parece plausível que essa mesma ideologia se mantenha nos dias de hoje por se tratar de uma visão anacrónica da realidade. Por outro lado, não se compreende a afirmação de que “Para tutelar os direitos do empregador, dir-se-á, o CCivil já bastaria [...]” não se compreende em que se baseia o autor para emitir tal parecer. A nosso ver não se consegue descortinar no Código Civil normas específicas de protecção do empregador, uma vez toda e qualquer norma do referido diploma legal vincula de igual forma ambas as partes da relação laboral.

corre sobre o empregador e que o principal afectado por uma má gestão dos recursos de que dispõe será o próprio titular da actividade empresarial⁹⁷, não esquecendo de igual modo os próprios interesses dos trabalhadores.

Antes da nossa breve conclusão, convém lembrar que a redacção actual do artigo origina mais problemas do que aqueles que soluciona.

Ora vejamos, a expressão “injustificadamente” nada esclarece, pelo contrário. Parece líquido que no entender do empregador poderá existir a desocupação de um seu trabalhador por um motivo que considere justificado, mas que para este último o não seja.⁹⁸ Assim sendo, deveria existir uma concretização das situações em que o empregador, vendo limitado o seu poder de direcção, estaria efectivamente impedido de desocupar os seus trabalhadores.⁹⁹

De outro prisma, agindo o empregador de má-fé, ou fora do Direito, não é esclarecido pela norma o *quantum* temporal para que se considere que o empregador está efectivamente a manter o trabalhador inactivo sem qualquer justificação. Um dia será com toda a certeza pouco para aferir a intenção do empregador caso este não a justifique de imediato. Mas certamente que dois meses será tempo demasiado para o trabalhador se ver inactivo sem que da sua entidade empregadora receba qualquer justificação para a falta de atribuição de tarefas e desempenho da actividade para a qual foi contratado. Num Código em que inúmeras são as situações que dispõem de prazo legal para o envio de comunicações¹⁰⁰, poderia ser estabelecido um mecanismo em que o trabalhador desocupado das suas funções - imaginemos por mais de 30 dias – pudesse enviar uma comunicação ao empregador, por via a ser informado se a situação que

⁹⁷ Até porque lembre-se, em situação alguma fica o empregador desobrigado do seu dever de pagar a competente retribuição ao trabalhador.

⁹⁸ Basta pensar na situação em que o empregador ache desnecessária a presença de determinado trabalhador no seu normal posto de trabalho, por exemplo por falta de existência da matéria-prima com que este trabalha. Ou a situação em que a função do trabalhador é operar determinada máquina que se encontra avariada. Ainda que pouco provável no nosso entender, existe a possibilidade de o trabalhador considerar injustificada a sua ausência do seu posto de trabalho, com a justificação de que a máquina volte a funcionar com maior brevidade do que se espera.

⁹⁹ Solução possível seria reconduzir a proibição apenas e só a situações que envolvessem assédio sobre o trabalhador.

¹⁰⁰ Por exemplo em matérias de pré-aviso ou de despedimentos.

ditou a sua inactividade se mantém e qual o prazo expectável para o seu fim.¹⁰¹ Deste modo, só a falta de resposta do empregador ou uma qualquer justificação nitidamente fora de um normal controlo e gestão empresarial próprio do poder de direcção do empregador, daria possibilidade ao trabalhador afectado de recorrer à via judicial para lhe ser novamente atribuída uma actividade.¹⁰²

Em suma, não se pode concordar que uma proibição dirigida ao empregador, – a nosso ver, desnecessária,¹⁰³ uma vez que qualquer actuação contrária ao Direito é vedada aos sujeitos de relações obrigacionais, independentemente de se tratar de uma situação laboral ou qualquer outra – constitua na esfera jurídica do trabalhador qualquer direito, nomeadamente a ser-lhe dada ocupação efectiva, ainda mais quando não existe no preceito uma proibição genérica dirigida ao empregador, mas tão-só para situações que representem condutas injustificadas. Entendemos nestes termos que, qualquer desocupação do trabalhador fundamentada em interesses de gestão da empresa terá necessariamente de se ter por lícita, desde que se insira numa actuação pautada pela boa-fé.¹⁰⁴ Uma norma legal que imponha a obrigação de não efectuar determinada conduta, é fatalmente diferente de uma que imponha a obrigação de assegurar os recursos necessários para garantir a efectivação de determinada actividade. Esta última consagra efectivamente um direito, representando uma acção e/ou uma conduta positiva necessária para a efectivação do direito consagrado, a primeira, por seu turno,

¹⁰¹ Em situações em que o próprio empregador não tenha justificado de forma fundamentada ao trabalhador o motivo da sua inactividade.

¹⁰² Esta sugestão que aqui propomos não se encontra longe do sistema germânico onde o trabalhador desocupado indica um prazo à sua entidade empregadora para o ocupar efectivamente e só em caso de incumprimento, solicitará ao tribunal que fixe uma indemnização pelos danos que efectivamente sofreu pela desocupação da sua actividade (§ 61, n.º4 AGG).

¹⁰³ Sendo a proibição a de obstar de forma “injustificada” ou por outras palavras, de “má-fé” à prestação efectiva de trabalho, nada acrescenta a norma constante da alínea b) do número 1, do artigo 129.º, ao regime já existente da resolução do contrato de trabalho com justa causa pelo trabalhador, ou às regras de direito das obrigações constantes do CC.

¹⁰⁴ Perfilhamos assim o entendimento de António Nunes de Carvalho e Bernardo Lobo Xavier.

constitui apenas a garantia de uma omissão, não sendo geradora na esfera jurídica do seu destinatário de quaisquer direitos.^{105|106}

Outra não pode ser a conclusão da presente dissertação se não a de concluir pela inexistência de um concreto direito do trabalhador sobre o empregador a uma ocupação efectiva do seu posto de trabalho e da sua actividade, existindo quando muito perante o segundo, um ónus e não um dever.

¹⁰⁵ No mesmo sentido, da não consagração de um direito à ocupação efectiva do trabalhador, Bernardo Lobo Xavier e António Nunes de Carvalho.

¹⁰⁶ Não se poderia terminar a presente dissertação sem as esclarecedoras palavras de Bernardo Lobo Xavier, quando conclui pela não consagração de um direito à ocupação efectiva do trabalhador. “Levando esse pretenso dever às últimas consequências, sustentar-se-ia até que a entidade empregadora não pode sem consentimento do trabalhador dispensá-lo do serviço por algumas horas ou dias, ou mantê-lo inactivo enquanto espera a oportunidade de lançar um produto ou uma linha de produção, ou sequer fazê-lo suportar os períodos mortos determinados por uma reorganização.” Continua dizendo que “Note-se ainda que este “dever de ocupação efectiva” teria como contrapartida lógica o direito patronal de adequar a cada momento e sem indemnização, formalidades e avisos prévios a mão-de-obra às necessidades produtivas da empresa: entre nós, em que ainda é vigente um relativo bloqueio de despedimentos, é fatal a *desocupação efectiva* emergente do sistema legislativo.” E conclui a nosso ver de forma correcta com a seguinte frase, “Geralmente admite-se que o artigo 129.º, b), consagra esse princípio. Temos opinião contrária. Julgamos que a circunstância de a lei estabelecer uma proibição de o empregador “obstar injustificadamente à prestação efectiva de trabalho” [artigo 129.º, b)] não constitui a consagração do direito à ocupação efectiva. O preceito envolve apenas a obrigação de o empregador não obstar à prestação (o que é seguramente menos que propiciar os meios necessários a que a prestação se efective) e, quando acontecer, o ónus de apresentar uma justificação suficiente para o facto de ter obstado à prestação efectiva.”

6. BIBLIOGRAFIA

Todos os acórdãos que não refiram a sua base de dados de origem estão disponíveis em www.dgsi.pt ou em <http://www.colectaneadejurisprudencia.com/content/Home.aspx>

ABRANTES, JOSÉ JOÃO, “A Excepção de não cumprimento do contrato”, 2ª Edição, Almedina, 2012.

ABRANTES, JOSÉ JOÃO, “Estudos sobre o Código do Trabalho”, Coimbra Editora, 2004.

AMADO, JOÃO LEAL, “Contrato de Trabalho”, Almedina, 2016.

ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, Reimpressão da 5ª Edição de 2012, Almedina, 2017.

BAPTISTA, ALBINO MENDES, “Grupo Normal de Trabalho, Equipas "B" e Dever de Ocupação Efectiva do Praticante Desportivo” in Direito Laboral Desportivo - Estudos (Volume I), Quid Juris, 2003.

BOWERS, JOHN, Employment Law, Blackstone, 8ª Edição, 2009.

CARVALHO, ANTÓNIO NUNES DE, “Sobre o dever de ocupação efectiva do trabalhador” in Revista de Direito e de Estudos Sociais, Ano XXXIII (VI da 2ª Série) – N.º 3 e 4, 1991.

CARVALHO, ANTÓNIO NUNES DE, “A “Ocupação efectiva do trabalhador” no código do trabalho” in Prontuário de Direito do Trabalho, N.º 83, Maio - Agosto de 2009.

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, “Da Boa Fé no Direito Civil”, Teses de Doutoramento, Almedina, 2017.

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, “Manual de Direito do Trabalho”, Almedina, 1999.

FERNANDES, ANTÓNIO MONTEIRO, “Direito do Trabalho, Edição especial comemorativa dos 40 anos” 18.ª Edição, Almedina, 2017.

GOMES, JÚLIO MANUEL VIEIRA, “Direito do Trabalho - Volume I - Relações Individuais de Trabalho”, Coimbra Editora, 2007.

LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES, “Direito do Trabalho”, 5ª Edição, Almedina, 2016.

LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES, “Direito do Trabalho de Angola”, 5ª Edição, Almedina, 2016.

LEITE, JORGE, “Direito de exercício da actividade profissional no âmbito do contrato de trabalho” *in* Revista do Ministério Público, vol. 47, 1991.

MARTINEZ, PEDRO ROMANO, “Direito do Trabalho” 8ª Edição, Almedina, 2017.

MARTINS, ALCIDES, “Direito do Processo Laboral – Uma síntese e algumas questões”, 2ª Edição, Almedina, 2015.

MARTINS, PEDRO FURTADO, “A Relevância dos elementos pessoais na situação jurídica do trabalho subordinado. Considerações em torno de uma manifestação típica: o dever de ocupação efectiva”. Revista do Ministério Público, n.º 47, 1991.

MARTINS, PEDRO FURTADO, “Cessação do contrato de trabalho”, 4ª Edição, Principia, 2017.

MARTINS, PEDRO FURTADO, “Despedimento Ilícito, Reintegração da Empresa e Dever de Ocupação Efectiva”, *in* “Direito e Justiça”, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa – Suplemento, 1992.

MELLO, ALBERTO DE SÁ E, “Direito do Trabalho para Empresas”, Almedina, 2016.

MIRANDA, JORGE “Direitos Fundamentais”, 2ª Edição, Almedina, 2017.

MONTESINOS, IGNACIO ALBIOL, “Derecho del Trabajo II, Contrato Individual, 4ª Edição, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

MOREIRA, VITAL E CANOTILHO, J.J. GOMES, “Constituição da República Portuguesa Anotada Volume I” 4ª Edição, Coimbra Editora, 2007.

NASCIMENTO, RICARDO “Da Cessação do Contrato de Trabalho – Em especial por iniciativa do trabalhador”, Coimbra Editora, 2008.

PINTO, NUNO ABRANCHES, “Instituto Disciplinar Laboral”, Coimbra Editora, 2009.

PINHEIRO, PAULO SOUSA, “Curso Breve de Direito Processual do Trabalho”, 2ª Edição Revista e Actualizada, Coimbra Editora, 2014.

RAMALHO, MARIA DO ROSÁRIO PALMA, “Tratado de Direito do Trabalho Parte I - Dogmática Geral”, 4ª Edição, Almedina, 2015.

RAMALHO, MARIA DO ROSÁRIO PALMA, “Tratado de Direito do Trabalho Parte II – Situações Laborais Individuais”, 6ª Edição, Almedina, 2016.

SANTOS, PEDRO BARRAMBANA, “Do Assédio Laboral - pelo Reenquadramento Dogmático do Assédio Moral”, Almedina, 2017.

SEIXAS, JOSÉ LUÍS PEREIRA, “Ocupação efectiva e trabalhador desportivo” in Revista de Direito e de Estudos Sociais, Ano XLV, Tomo 1,2 e 3, Janeiro-Setembro, 2004.

VARELA, J. ANTUNES e LIMA, PIRES DE, “Código Civil Anotado”, vol. II, 4ª ed., Wolters Kluwer Portugal, Coimbra Editora, 2010.

VEIGA, MOTTA, “Direito do Trabalho” vol. II ,Universidade Lusíada, 1989.

XAVIER, BERNARDO DA GAMA LOBO, “Curso de Direito do Trabalho - I Volume (Introdução, Quadros Organizacionais e Fontes)”, Verbo, 2004.

XAVIER, BERNARDO DA GAMA LOBO; PEDRO FURTADO MARTINS; ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO; JOANA VASCONCELOS E TATIANA GUERRA DE ALMEIDA, “Manual de Direito do Trabalho”, 2ª Edição Revista e Actualizada, Verbo, 2014.